

Rafał Noworyta  
Uniwersytet Jagielloński

## Problematyka odpowiedzialności za przestępstwo z art. 217 kodeksu karnego w świetle art. 96<sup>1</sup> kodeksu rodzinnego i opiekuńczego

Wraz z wejściem w życie ustawy z 10 czerwca 2010 r. o zmianie ustawy o przeciwdziałaniu przemocy w rodzinie (Dz.U. z 2010 Nr 125, poz. 842), która wprowadziła do Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego art. 96<sup>1</sup>, ustawodawca *expressis verbis* zakazał osobom wykonującym władzę rodzicielską oraz sprawującym opiekę lub pieczę nad małoletnim stosowania kar cielesnych. Powyższy zabieg legislacyjny implikuje konieczność udzielenia odpowiedzi na pytanie, czy wskutek wprowadzenia przedmiotowego zakazu, w aktualnym stanie prawnym, rodzic karcący dziecko tzw. kłapsem, naraża się na odpowiedzialność karną za przestępstwo naruszenia nietykalności tj. za występki z art. 217 k.k. Jak bowiem słusznie wskazano w doktrynie, jeszcze przed wejściem w życie powołanej ustawy, tego rodzaju zachowanie w sposób niewątpliwy stanowi realizację znamion powołanego typu czynu zabronionego<sup>1</sup>. W świetle obu powołanych przepisów stwierdzić należy, że taki czyn *in abstracto* cechuje się bezprawnością oraz karalnością<sup>2</sup>. Dlatego też konieczne jest dokonanie systemowej analizy aktualnego stanu prawnego, która umożliwi ocenę, czy przedmiotowe zachowanie, może skutkować odpowiedzialnością karną.

Przed rozpoczęciem właściwych rozważań warto wskazać, że o propozycji wprowadzenia do k.r.o. omawianego przepisu, w sposób sceptyczny wypowiedział się prof. Tadeusz Bojarski. Autor ten, opowiadając się zdecydowanie za koncepcją kontratypu karcenia małoletnich, dla którego uzasadnienia ustawowego doszukiwał się w normie art. 95 k.r.o. (a także w art. 1 §2 k.k.) uznał,

<sup>1</sup> I. Andrejew, *Oceny prawne karcenia nieletnich*, Warszawa 1964, s. 5.

<sup>2</sup> R. Noworyta, *Karcenie wychowawcze w świetle art. 96<sup>1</sup> Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego*, „Kwartalnik Krajowej Szkoły Sądownictwa i Prokuratury” 2012, z. 2, s. 114 i nast.

że osoba dopuszczająca się karcenia powinna ponieść odpowiedzialność karną jedynie w wypadku przekroczenia granic kontrotypu. Natomiast wprowadzenie generalnego zakazu stosowania kar cielesnych, autor uznał za zabieg nie znajdujący uzasadnienia. Wskazał on między innymi, na możliwość zaistnienia problemu, z ustaleniem relacji pomiędzy zakresami nazw kara i karcenie. W jego ocenie, przedmiotowy zabieg legislacyjny zasługiwałby na akceptację, w wypadku rozróżnienia wyżej wymienionych pojęć. Powołany autor postulował, aby pod pojęciem kary cielesnej, zabronionej z mocy wówczas proponowanego (a obecnie obowiązującego) art. 96<sup>1</sup> k.r.o., rozumieć zachowanie przekraczające wypracowane w doktrynie granice kontrotypu, zaś karcenie wychowawcze mieszczące się w dotychczas aprobowanych (przez większość doktryny) granicach uznać za dopuszczalne<sup>3</sup>.

Stanowisko podobne do zaprezentowanego powyżej zostało wyrażone w doktrynie już na gruncie aktualnego stanu prawnego<sup>4</sup>. Zgodnie z tym poglądem, stosowania kar cielesnych, o którym mowa w art. 96<sup>1</sup> k.r.o., nie można utożsamiać z karceniem wychowawczym. Przedmiotowe stanowisko zostało uzasadnione argumentem natury systemowej, w myśl którego stosowanie kar cielesnych jest pojęciem z zakresu prawa rodzinnego i wywołuje skutki tylko w tej sferze, natomiast prawo karne, mające ze swej natury subsydiarny charakter, nie może wkraczać w tą sferę.

Do powołanych powyżej wypowiedzi należy odnieść się krytycznie. Przede wszystkim okoliczności towarzyszące uchwaleniu omawianej ustawy nakazują przyjąć, że intencją ustawodawcy było uznanie zachowania polegającego na wymierzeniu małoletniemu tzw. klapsa za *in abstracto* społecznie szkodliwe<sup>5</sup>. Ten sam argument wyklucza możliwość zawężenia zakresu przedmiotowego pojęcia kara cielesna w sposób proponowany przez wyżej powołanych przedstawicieli doktryny. Stwierdzenie, że intencją ustawodawcy (co wynikało jednoznacznie z okoliczności towarzyszących uchwalaniu ustawy), było zakazanie tzw. klapsa, przesądza bowiem o tym, że czyn tego rodzaju, uznać należy za *in abstracto* społecznie szkodliwy w stopniu wyższym niż znikomy. Natomiast stosowanie zabiegów interpretacyjnych, mających na celu odmienne wykładanie przepisu, stanowiłoby działanie ewidentnie sprzeczne z wolą tegoż ustawodawcy. Należy zatem postawić znak równości pomiędzy pojęciem „kary cielesne” w rozumieniu art. 96<sup>1</sup> k.r.o., a pojęciem karcenia wychowawczego polegającego na stosowaniu siły fizycznej.

<sup>3</sup> T. Bojarski, *Zakres kontrotypu karcenia małoletnich w polskim prawie karnym*, [w:] *Prawne aspekty karcenia małoletnich*, red. F. Cieplý, Warszawa 2011, s. 6 i nast.

<sup>4</sup> M. Kopeć, *Zwyczaj jako podstawa wyłączenia bezprawności karcenia małoletnich*, [w:] *Prawne aspekty...*, s. 3–4.

<sup>5</sup> R. Noworyta, *Karcenie wychowawcze...*, s. 116.

Konsekwencją powyższego wniosku jest stwierdzenie, że jedynie *in concreto* można rozważać wyłączenie karygodności przedmiotowego zachowania, z uwagi np. na atypową łagodność zastosowanej formy skarcenia.

Jak wskazano na wstępie, tego rodzaju czyn będzie cechował się również bezprawnością oraz karygodnością. Z punktu analizowanego zagadnienia ewentualnej odpowiedzialności karnej rodzica, konieczne jest natomiast rozważenia, czy istnieje podstawa dla „wtórnego” wyłączenia bezprawności takiego zachowania<sup>6</sup>. Zdaniem jednego z powołanych autorów, w polskim porządku prawnym istnieje umocowanie dla instytucji prawnokarnej karcenia wychowawczego. Jak wyjaśnia, w systemie istnieje norma, która *de lege lata* wyłącza bezprawność tego rodzaju zachowania<sup>7</sup>. Przedmiotową normą jest zastrzeżenie zawarte w ustawie ratyfikującej Konwencję o prawach dziecka<sup>8</sup>, zgodnie z którym wykonywanie przez dziecko praw określonych w Konwencji dokonuje się z poszanowaniem władzy rodzicielskiej, zgodnie z polskimi zwyczajami i tradycjami dotyczącymi miejsca dziecka w rodzinie i poza rodziną. Autor ten wskazuje, że zgodnie z art. 19 Konwencji, stosowanie przez rodziców przemocy fizycznej wobec dzieci jest zakazane, zaś zastrzeżenie, o którym mowa powyżej – powołujące się na polskie zwyczaje (do których należy karcenie w formie „klapsa”) wyłącza przedmiotowy zakaz. W ocenie powołanego autora, wymienione zastrzeżenie „wynosi” panujący zwyczaj karcenia do rangi obowiązującej normy prawnej, która to norma znajduje umocowanie w akcie o randze umowy międzynarodowej ratyfikowanej za zgodą wyrażoną w ustawie. Stwierdzenie powyższe implikuje z kolei wniosek, że norma wywodzona z umowy międzynarodowej ratyfikowanej za zgodą, wyrażoną w ustawie (czyli mającej pierwszeństwo przed ustawą „zwykłą”) uchyla zastosowanie wszelkich zawartych w ustawach norm zabraniających dozwolonego zwyczajem karcenia wychowawczego.

Odnosząc się do powyższej argumentacji należy stwierdzić, że bliższa analiza zarówno Konwencji, jak i poczynionych przez Polskę „zastrzeżeń”, nie uzasadnia takiego poglądu. Przede wszystkim, zgodnie z art. 19 Konwencji, poprzez jej ratyfikowanie, państwo polskie zobowiązało się podejmować działania legislacyjne, mające na celu ochronę dziecka przed przemocą fizyczną. Sama norma art. 19 nie zakazuje zatem tego rodzaju zachowań, a jedynie zobowiązuje państwo do wprowadzenia przedmiotowego zakazu w drodze

<sup>6</sup> Na potrzeby niniejszego artykułu pominięto problematykę dopuszczalności powoływania się na kontratypy pozaustawowe.

<sup>7</sup> M. Kopeć, *Zwyczaj...*, s. 4 i nast.

<sup>8</sup> Konwencja o prawach dziecka przyjęta przez Zgromadzenie Ogólne Narodów Zjednoczonych 29 listopada 1989 r., ratyfikowana przez Polskę 30 kwietnia 1991 r. (Dz.U. z 1991 Nr 120, poz. 526).

stosownych ustaw. Niewywiązanie się z przyjętego zobowiązania nie implikuje *ex lege* powstania w polskim porządku prawnym takiego zakazu. W szczególności nie kreuje po stronie dziecka prawa do egzekwowania przedmiotowego zakazu. W związku z powyższym w przypadku stwierdzenia, że państwo polskie nie wywiązało się z obowiązku wynikającego z art. 19 Konwencji, jednostce mogłyby przysługiwać co najwyżej roszczenia, jakie odpowiednie przepisy wiążą z zaniechaniem legislacyjnym<sup>9</sup>. Natomiast odnosząc się do kwestii wprowadzenia do krajowego porządku prawnego zakazu karcenia wychowawczego, należy wskazać, że stwierdzenie, iż art. 19 Konwencji przedmiotowego zakazu nie wprowadził implikuje wniosek, iż poczynione przez Polskę przy ratyfikacji zastrzeżenie, nie mogło tego zakazu uchylać.

Kwestią odrębną pozostaje zagadnienie, czy istotnie polski ustawodawca, do momentu wejścia w życie omawianego art. 96<sup>1</sup> k.r.o. dopuszczał się zaniechania legislacyjnego.

Zagadnienie to *de lege lata* jest już nieaktualne. Skoro bowiem, wprowadzając art. 96<sup>1</sup> k.r.o., ustawodawca zakazał wszelkiej przemocy fizycznej względem dzieci znajdujących się pod opieką rodziców, opiekun lub innych osób, tym samym zadośćuczynił wymaganiom, jakie stawia Konwencja. Jak wyjaśniono w doktrynie, ustawodawca dokonał redakcji przepisu w sposób mający na celu objęcie jego dyspozycją właściwie wszelkich stanów faktycznych, w których mogłaby powstać wątpliwość, iż dopuszczalne jest zastosowanie kary cielesnej<sup>10</sup>.

Z przedstawionych powyżej rozważań wynika jednoznacznie, że zarówno zapis art. 19 Konwencji, jak i poczynionej przez państwo polskie deklaracji są bezprzedmiotowe z punktu widzenia odpowiedzialności osoby dopuszczającej się karcenia wychowawczego. Ponadto, jak zostało już wyjaśnione, czyn polegający na wymierzeniu małoletniemu „klapsa”, co do zasady jest zachowaniem bezprawnym, a także społecznie szkodliwym w stopniu wyższym niż znikomy. W związku z powyższym, biorąc pod uwagę, że w doktrynie panuje zgoda co do kwestii, że zachowanie takie realizuje znamiona występkę z art. 217 k.k., w toku dalszych rozważań należy zastanowić się, czy nie istnieją inne podstawy do wyłączenia odpowiedzialności karnej rodzica stosującego przedmiotową formę karcenia.

Analizując powyższą kwestię warto odnieść się do zaprezentowanego w doktrynie stanowiska, zgodnie z którym odpowiedzialność osoby dopuszczającej się karcenia w formie „klapsa” może zostać wyłączona poprzez za-

<sup>9</sup> Por. art. 417<sup>1</sup> §4 k.c.

<sup>10</sup> P. Telusiewicz, *Przyczynek do dyskusji o zakazie karcenia dzieci w świetle kodeksu rodzinnego i opiekuńczego*, [w:] *Prawne aspekty...*, s. 79.

istnienie błędu co do kontratypu albo też błędu co do prawa<sup>11</sup>. Jeśli chodzi o pierwszą z wymienionych możliwości, jest ona wykluczona z samej istoty instytucji błędu co do kontratypu. Jak bowiem słusznie podkreśla się w doktrynie, błędu co do okoliczności stanowiących znamiona kontratypu nie można mylić z błędem co do oceny, czy określona sytuacja jest uznawana przez prawo za kontratyp<sup>12</sup>. Instytucja opisana w art. 29 k.k. nie dotyczy bowiem sytuacji, gdy sprawca pozostaje w błędzie co do obowiązującej regulacji prawnej lecz sytuacji, w której zachodzi niezgodność pomiędzy obiektywną rzeczywistością (stanem faktycznym), a jej odbiciem w świadomości sprawcy<sup>13</sup>, polegającym na urojeniu sobie przez sprawcę, że w tejże obiektywnej rzeczywistości zaistniała okoliczność wyłączająca bezprawność czynu. Jak bowiem słusznie podkreśla się w orzecnictwie i w doktrynie, błąd co do kontratypu może polegać jedynie na urojeniu; zaś sprzecznością samą w sobie byłoby przyjmowanie konstrukcji nieświadomości kontratypu<sup>14</sup>.

Przytoczone powyżej tezy implikują wniosek, że odwoływanie się do instytucji błędu co do kontratypu jest z punktu widzenia omawianego problemu bezprzedmiotowe. Rodzic, który karci dziecko „klapsem” pozostając w błędnym przekonaniu, że taki czyn nie jest zachowaniem bezprawnym, pozostaje w błędzie co do prawa, nie zaś w błędzie co do okoliczności wyłączającej bezprawność czynu, o którym mowa w art. 29 k.k. Przepis ten mógł znaleźć zastosowanie (pod warunkiem zaakceptowania konstrukcji kontratypów pozaustawowych) np. wobec rodzica, który skarcił dziecko pod wpływem błędnego przekonania, iż dopuściło się ono zachowania zasługującego na tego rodzaju oddziaływanie wychowawcze. Użycie w zdaniu poprzednim czasu przeszłego jest uzasadnione, bowiem warunkiem *sine qua non* dla zastosowania art. 29 k.k. jest uznawanie przedmiotowej urojonej okoliczności przez obowiązujący porządek prawny za kontratyp. W związku z powyższym biorąc pod uwagę, że w obecnym stanie prawnym art. 96<sup>1</sup> k.r.o. wyklucza taką możliwość, odwoływanie się do art. 29 k.k. należy uznać za całkowicie niezasadne.

Przechodząc do drugiej z wymienionych możliwości, za słuszne uznać należy stwierdzenie, że rodzic karcący dziecko „klapsem” może pozostawać w nieświadomości, co do niezgodności swojego zachowania z normą usta-

<sup>11</sup> F. Cieplý, *Problem legalności kryminalnej karcenia cielesnego małoletnich z perspektywy zasad wykładni historycznoprawnej*, [w:] *Prawne aspekty...*, s. 10.

<sup>12</sup> A. Zoll, [w:] G. Bogdan, Z. Cwiąkałski, P. Kardas, J. Majewski et al., *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, Warszawa 2007, t. 1, s. 460.

<sup>13</sup> W. Wolter, *Funkcja błędu w prawie karnym*, Warszawa 1965, s. 8.

<sup>14</sup> Por. wyrok Sądu Najwyższego z 30 grudnia 1972 r. (sygn. akt Rw 1312/72, OSNKW 1973, z. 5, poz. 69); wyrok Sądu Najwyższego z 19 lutego 1997 r. (sygn. akt IV KKN 292/96, OSNPK 1997, z. 7–8, poz. 1); G. Bogdan, Z. Cwiąkałski, P. Kardas, J. Majewski et al., *Kodeks karny...*, s. 462.

wową – art. 96<sup>1</sup> k.r.o. W związku z powyższym konieczne jest rozważenie, czy istnieje możliwość wyłączenia bezprawności przedmiotowego czynu w oparciu o art. 30 k.k. Wydaje się, że kluczowe znaczenie z punktu widzenia odpowiedzi na powyższe pytanie będzie miało dokonanie właściwej interpretacji przesłanki usprawiedliwienia błędu. Dokonując takiej interpretacji Sąd Najwyższy w jednym z orzeczeń wyjaśnił, że analizy nieświadomości bezprawności, w jakiej pozostawał sprawca, należy dokonać przez pryzmat normatywu wzorcowego obywatela; ustalając, czy miałby on możliwość uniknięcia błędu co do prawa<sup>15</sup>. Aprobując powyższy pogląd Sądu Najwyższego należy stwierdzić, że wyłączenie przedmiotowej odpowiedzialności rodzica w oparciu o art. 30 k.k. będzie niedopuszczalne. Pogląd powyższy znajduje uzasadnienie w obserwacji społecznej rzeczywistości, na podstawie której należy stwierdzić, że wprowadzeniu zakazu karcenia towarzyszył na tyle długotrwały rozgłos medialny, iż niedopuszczalnym byłoby stwierdzenie, że powołany wyżej wzorcowy obywatel mógłby pozostawać w nieświadomości co do bezprawności zachowania. Spostrzeżenie, o którym mowa w zdaniu poprzednim, implikuje wniosek, że ewentualny błąd co do prawa byłby błędem nieusprawiedliwionym, a tym samym niespełniającym wymogów koniecznych dla wyłączenia odpowiedzialności karnej w oparciu o art. 30 k.k.

Należy ponadto wskazać, że rodzic dopuszczający się karcenia może pozostawać w błędnym przekonaniu, że jego zachowanie jakkolwiek bezprawne, będzie czynem cechującym się znikomym stopniem społecznej szkodliwości. Tego rodzaju błąd zasługiwałby na uznanie go za usprawiedliwiony. Przemawiałaby za tym w szczególności okoliczność, że pogląd o znikomym stopniu społecznej szkodliwości tego rodzaju czynu popiera część przedstawicieli doktryny<sup>16</sup>. Jednakże słusznie się podkreśla, że *de lege lata* Kodeks karny nie przewiduje instytucji błędu co do stopnia społecznej szkodliwości czynu<sup>17</sup>. Powyższe milczenie ustawodawcy implikuje stwierdzenie, że ewentualne błędne przekonanie rodzica co do stopnia społecznej szkodliwości jego zachowania, pozostanie irrelevantne z punktu widzenia odpowiedzialności karnej. Na marginesie wskazać należy, że w literaturze pojawił się pogląd postulujący wprowadzenie do Kodeksu karnego wyżej wymienionej kategorii błędu, jednakże nie zyskał on uznania ustawodawcy<sup>18</sup>. Przeprowadzona powyżej analiza aktualnego stanu prawnego, uprawnia do wyprowadzenia wniosku, że w oparciu o przepisy rangi ustawowej, rodzic dopuszczający się karcenia

<sup>15</sup> Postanowienie Sądu Najwyższego z 14 maja 2003 r. (sygn. akt II KK 331/02, OSNwSK 2003, t. 1, poz. 969).

<sup>16</sup> F. Cieply, *Problem legalności...*, s. 10.

<sup>17</sup> A. Zoll, [w:] G. Bogdan, Z. Cwiakalski, P. Kardas, J. Majewski et al., *Kodeks karny...*, s. 460.

<sup>18</sup> Z. Cwiakalski, *Błąd co do bezprawności czynu w polskim prawie karnym*, Kraków 1991, s. 119.



małoletniego w formie „klapsa”, podlega odpowiedzialności karnej za czyn z art. 217 k.k.

Podkreślenia wymaga również to, jak istotne jest uczynione w zdaniu poprzednim zastrzeżenie, że powyższy wniosek dotyczy jedynie analizy przepisów prawa, ograniczonej do norm rangi ustawowej. Wskazać bowiem należy, że osoba dopuszczająca się takiego czynu nie poniesie odpowiedzialności karnej za przestępstwo z art. 217 k.k., z uwagi na treść art. 48 ust. 1 Konstytucji<sup>19</sup>. Na problem ten zwrócił uwagę również P. Czarnek wskazując, że omawiany art. 96<sup>1</sup> k.r.o. prawdopodobnie narusza konstytucyjne prawo rodziców do wychowywania dzieci zgodnie z własnymi przekonaniem<sup>20</sup>. Zgodnie z poglądem tego autora, treść art. 48 Konstytucji implikuje wolność rodziców, prowadzących proces wychowania od ingerencji instytucji państwowych. Nie wymaga szerszego komentarza okoliczność, że powyższa wolność nie ma charakteru absolutnego. Jednakże konstytucyjne granice tej wolności nie zostaną przez rodzica przekroczone w sytuacji stosowania karcenia, spełniającego wypracowane przez doktrynę (w okresie poprzedzającym wejście w życie art. 96<sup>1</sup> k.r.o.) warunki konieczne dla przyjęcia legalności takiego zachowania. Wniosek powyższy jest logiczną konsekwencją dostrzeżenia treści owych warunków, w szczególności zaś wymogu, aby działanie osoby karcącej nakierowane było na cel wychowawczy. Dlatego też takiego rodzaju karcenie będzie mieściło się w granicach prawa do wychowywania dzieci, które zapewnia rodzicom Konstytucja.

Na poparcie przedstawionego stanowiska warto powołać jeszcze jeden argument. Otóż stwierdzić należy, że prawo rodziców do wychowywania dziecka zawiera w sobie także prawo do posługiwania się w trakcie procesu wychowania instrumentami niezbędnymi do właściwego przeprowadzenia tego procesu. Innymi słowy, implikacją przesłanki, że Konstytucja zapewnia rodzicom prawo do określonego kształtowania postaw dziecka jest wniosek, że zapewnia ona również prawo do stosowania instrumentów potrzebnych do kształtowania owych postaw. Jak bowiem słusznie zwrócono uwagę w doktrynie, wielu rodziców nie posiada umiejętności korygowania postaw dziecka, przy użyciu tylko i wyłącznie autorytetu oraz werbalnych środków perswazji<sup>21</sup>. Ponadto brak jest jakichkolwiek prawnych lub aksjologicznych podstaw, aby stawiać rodzicom wymóg posiadania takich umiejętności.

Podsumowując należy stwierdzić, że prawo rodziców do stosowania formy wychowawczej, jaką jest karcenie dziecka „klapsem” wynika z samego

<sup>19</sup> R. Noworyta, *Karcenie wychowawcze...*, s. 117.

<sup>20</sup> P. Czarnek, *Karcenie małoletnich w świetle Konstytucji RP*, [w:] *Prawne aspekty...*, s. 10; T. Bojarski, *Zakres kontraty...*, s. 8.

<sup>21</sup> I. Andrejew, *Oceny prawne...*, s. 27–28.

konstytucyjnego prawa do wychowywania dzieci. Natomiast przepis rangi ustawowej, pozbawiający rodziców możliwości stosowania takiej formy, jest niezgodny z art. 48 ust. 1 Konstytucji. W związku z powyższym, biorąc pod uwagę hierarchię źródeł prawa, powołana norma konstytucyjna znajdzie bezpośrednie zastosowanie w miejsce niezgodnego z nią przepisu ustawy. Z kolei bezpośrednie zastosowanie przepisu konstytucyjnego przesądzi o zgodności z prawem takiego czynu. Tym samym zachowanie się rodzica karcącego dziecko „klapsem” jako zgodne z prawem, nie będzie stanowiło przestępstwa i nie będzie implikowało odpowiedzialności karnej w oparciu o art. 217 k.k.

#### **Abstract**

#### **Responsibility for crimes against article 217 of the Criminal Code in the light of article 961 of the Family and Guardianship Code**

The prohibition on corporal punishment by persons executing custody and/or guardianship of a minor is expressed in the article 961 of the Family and Guardianship Code. It is necessary to answer the question whether – due to the introduction of the aforementioned prohibition, in the current state of law, a parent punishing a child by so-called “spanking” runs the risk of criminal responsibility for the crime of infringing personal inviolability, i.e. for an offence against article 217 of the criminal code. The doctrine proves that such a behaviour constitutes beyond doubt such a prohibited action. In the light of the regulations discussed in the article, one must conclude that *in abstracto* such an action is lawless and punishable.